

5, rue du Renard – 75004 Paris - fax : 01.42.71.39.87

mail : afdt.asso@gmail.com - http://www.afdt-asso.fr

Avantages catégoriels, principe d'égalité et négociation collective

Professeur au COMPTRASEC Université Montesquieu Bordeaux IV

Séance du 28 octobre 2001

Le 20 février 2008, dans l'arrêt *Bensoussan*, la Cour de cassation affirmait que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* »[1]. On se souvient qu'était en cause dans cette espèce la décision d'un employeur d'octroyer des tickets-restaurant aux seuls salariés non cadres. Cette solution est révélatrice de la mécanique du principe d'égalité de traitement tel que l'a progressivement dégagée et forgée la Cour de cassation à compter de l'arrêt Ponsolle de 1996[2] ; mécanique qui se décompose en deux temps.

En premier lieu, et parce qu'il ne saurait être interdit de traiter différemment des personnes se trouvant dans une situation différente, l'application du principe d'égalité de traitement postule une identité de situation entre le salarié bénéficiant d'un avantage et celui qui en est exclu. La caractérisation de cette identité de situation procède d'un exercice de comparaison, qui doit, en principe, être effectué dans le périmètre de l'entreprise où travaillent ces salariés ou mieux, entre salariés travaillant pour le compte d'un même employeur. Cela étant, et c'est l'un des apports majeurs de l'arrêt précité, une telle comparaison n'a de sens que rapportée à l'avantage dont on demande le bénéfice. C'est, pourrait-on dire, l'avantage qui dicte le « cercle des égaux ». On conçoit alors qu'un ouvrier puisse présenter une identité de situation avec un cadre dirigeant au regard de tel ou tel avantage. Mais l'affirmation est aussi vraie dans l'autre sens. C'est donc d'abord et avant tout une question de relativité qui doit être ici posée. Dans la mesure où la comparaison est ordonnée par l'avantage, on peut aussi penser

---

[1] Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601 : Bull. civ. V, n° 39.

[2] Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 : Bull. civ. V, n° 359.

que cette comparaison ne concerne pas nécessairement les seuls salariés. Outre que le principe d'égalité pourrait sans doute intéresser les mandataires sociaux eux-mêmes, qui pourraient songer à se comparer, un salarié paraît être en mesure de se comparer à une personne investie d'un tel mandat.

Ainsi, au même titre que les mandataires sociaux, les salariés peuvent prétendre à des options de souscription ou d'achat d'actions ou à des actions gratuites. Or, il pourrait certainement y avoir matière à discussion lorsque ces avantages sont réservés aux premiers. On pourrait certes rétorquer que le législateur lui-même autorise des différences de traitement en la matière. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'article L. 225-197-1 du Code de commerce dispose que des actions gratuites peuvent être attribuées aux membres du personnel salarié de la société ou à « certaines catégories d'entre eux ». Est-ce à dire que ce texte autorise à réserver un tel avantage aux seuls cadres ? Peut-être, mais c'est alors sa constitutionnalité qui pourrait être discutée.

La mise en œuvre du principe d'égalité de traitement conduit en second lieu, à permettre à l'employeur de justifier la différence de traitement entre les salariés pourtant placés dans une situation identique au regard de l'avantage en question. Cette justification ne peut pas résider dans la seule différence de catégorie professionnelle, mais doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence. L'exclusion de la catégorie professionnelle comme justification admissible est logique dans la mesure où, en amont, elle ne permet même pas d'écarter l'identité de situation. Mais alors, si justification autre il y a, c'est qu'en réalité, les salariés n'étaient pas, toujours au regard de l'avantage en cause, dans la même situation. A notre sens, il n'est donc jamais question de justifier une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique, mais de démontrer que cette identité n'est pas parfaite[1]. Si le raisonnement de la Cour de cassation se conçoit, c'est uniquement parce que le juge peut se contenter d'une apparence d'identité dans les situations. Cela est normal dans la mesure où il paraît bien difficile pour un salarié de démontrer une identité parfaite et exacte de situation. Mais, si tel était le cas, l'employeur ne serait plus en mesure de justifier de la différence de traitement.

[1] V. déjà en ce sens, G. Auzero et J.-M. Chonnier, Les conventions et accords collectifs de travail à l'épreuve de l'égalité de traitement : Dr. soc. 2011, p. 52.

Nonobstant ces discussions sans doute sans grande portée, la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 20 février 2008 apparaissait justifiée. La Chambre sociale allait d'ailleurs la reprendre, au mot près, dans une décision du 1er juillet 2009, qui a suscité des discussions autrement plus passionnées, pour employer un euphémisme. La raison de cela est bien connue et tient à un simple fait. Tandis que, dans l'arrêt Bensoussan, était en cause une décision unilatérale de l'employeur, dans l'arrêt Pain, la même solution et les mêmes exigences étaient appliquées aux stipulations d'une convention collective.

Si l'arrêt Pain peut être critiqué, ce n'est certainement pas au regard de la soumission des conventions collectives au principe d'égalité de traitement. Ainsi que l'ont relevé de nombreux auteurs, il résulte de l'article L. 2251-1 du Code du travail, qu'une convention ou un accord ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. A cela, on ajoutera qu'il ne faut jamais oublié que la convention collective est fondamentalement un contrat. Or, si une convention tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, c'est à la condition qu'elle soit légalement formée[1]. Encore que l'on puisse hésiter sur la force juridique du principe précité, il a au moins valeur de loi. Il est dès lors exclu que la Cour de cassation écarte les normes conventionnelles du champ d'application du principe d'égalité de traitement. Elle ne pouvait pas non plus abandonner la règle énoncée dès l'arrêt Bensoussan, selon laquelle, la seule différence de catégorie professionnelle ne peut justifier la différence de traitement.

C'est précisément à cet égard que l'arrêt Pain a fait naître de grandes et, il faut le dire, fondées inquiétudes. Nombreuses sont en effet les conventions collectives à instaurer des différences en fonction des catégories professionnelles, sans que celles-ci soient particulièrement justifiées. On peut certes relever que la Cour de cassation n'interdisait nullement que ces justifications puissent être apportées *a posteriori*. Mais la tâche s'avérait matériellement redoutable pour des raisons qu'il nous sera donné d'évoquer plus avant. Par suite, certaines voix s'étaient élevées pour demander à la Cour de cassation, sinon un abandon bien peu envisageable de la solution de l'arrêt Pain, du moins un assouplissement de celle-ci.

Il avait pu ainsi être proposé que le contrôle du juge soit limité à l'erreur manifeste d'appréciation[2]. Séduisante de prime abord, cette solution aurait sans doute été délicate à

[1] Article 1134 du Code civil, auquel on peut ajouter l'article 6 du même code.
[2] Ch. Radé, obs. ss. Cass. soc., 1er juill. 2009 : Dr. soc. 2009, p. 1002 ; J.-E. Ray, « A travail inégal, salaire inégal » : Dr. soc., 2011, p. 42, spéc. p. 50.

mettre en application. D'autres suggéraient de tenir pour nécessairement objective et *a priori* pertinente les différences instaurées par une convention collective[1].

Si l'on ne saurait dire que la Cour de cassation est restée sourde aux vives critiques suscitées par l'arrêt Pain et aux propositions faites subséquemment, elle a refusé, dans deux arrêts rendus le 8 juin 2011[2], de remettre en cause le principe du contrôle incombant au juge dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement. Cela étant, et ainsi qu'on l'apprend à la lecture du communiqué accompagnant ces deux décisions, elle s'est efforcée de circonscrire les contours du contrôle du juge lorsque l'inégalité résulte de l'application de dispositions conventionnelles négociées.

Le temps n'est donc plus à la critique de principe de la solution retenue en 2009 et confirmée en 2011, mais à l'interrogation sur la manière dont elle doit être mise en œuvre. A cette fin, et en essayant de procéder de manière ordonnée, il convient dans un premier temps de s'attacher à lire le mode d'emploi fournit par la Cour de cassation puis, dans un second temps, de se demander comment il peut être concrètement mise en œuvre. C'est ce que nous ferons en envisageant, d'une part, les modalités du contrôle judiciaire des inégalités de traitement résultant de stipulations conventionnelles (I) et, d'autre part, la justification de ces mêmes inégalités de traitement (II).

I – Le contrôle judiciaire des inégalités conventionnelles de traitement

Il nous faut brièvement revenir sur les affaires qui sont à l'origine des deux arrêts du 8 juin 2011. Dans l'une d'entre elles[3], était en cause la prime d'ancienneté prévue par la convention collective des industries pharmaceutiques au profit des assimilés cadres et c'est un cadre qui en demandait le bénéfice au nom du principe d'égalité. Pour accueillir la demande du salarié, les juges d'appel avaient retenu que les cadres et assimilés cadres sont placés dans une situation identique au regard de la prime d'ancienneté litigieuse, car il n'existe aucune raison objective pour que l'ancienneté des seconds soient rémunérées par une prime et que celle des premiers ne le soit pas.

---

[1] J.-E. Ray, *ibid*.

[2] Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725 et 10-11.933 : Dr. soc. 2011, p. 986 avec les obs. de P.-H. Antonmattéi et Ch. Radé; JCP S 2011, 1321, note J. Daniel ; Sem. Soc. Lamy, n° 1497, p. 7, avec les art. d'A. Lyon-Caen et de B. Serizay ; RJS 8-9/11, p. 599, avec le rapp. de M. Le Conseiller H. Gosselin. Adde, E. Dockès, Egalité, inégalité : du paradoxe à l'affrontement : Sem. soc. Lamy, suppl. au n° 1508, p. 151.

[3] Pourvoi n° 10-14.725.

Dans la seconde affaire[1], ce sont les indemnités de préavis et de licenciement prévues par la convention collective régionale du bâtiment de la région parisienne qui étaient en cause. Stipulées au profit des seuls cadres, elles étaient, dans cette espèce, réclamées par un employé, toujours au nom de l'égalité. Celui-ci avait également obtenu satisfaction devant les juges du fond, qui avaient considéré qu'en vertu des principes d'égalité de traitement et de prohibition des discriminations, l'employeur ne peut arguer de ce que les indemnités en cause auraient calculées comme s'il était un cadre alors qu'il ne serait qu'Etam.

Les deux décisions d'appel sont censurées par la Cour de cassation au visa du principe de l'égalité de traitement et des stipulations des conventions collectives applicables. Reprenant, pratiquement à l'identique le motif de principe de l'arrêt Pain, la Chambre sociale commence par rappeler que « *que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ».

C'est donc la suite du motif de principe ciselé dans ces deux arrêts par la Cour de cassation qui doit retenir l'attention. Pour la Chambre sociale, « *repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* ». C'est parce qu'ils n'ont pas procéder à une telle recherche que les juges d'appel voient leurs décisions censurées.

Dans la mesure où l'on savait déjà qu'il est possible de justifier l'attribution d'un avantage conventionnel à une catégorie professionnelle déterminée, les arrêts rapportés retiennent l'attention relativement à la nature de cette justification[2]. A lire les décisions, celle-ci existe

[1] Pourvoi n° 10-11.933.
[2] Sur ces justifications, v. déjà J. Barthélémy, Le principe d'égalité de traitement. Difficultés de promotion, Sem. soc. Lamy, n° 1414, p. 6.

lorsque la situation des salariés de la catégorie bénéficiant de l'avantage présente des « spécificités ».

Selon le *Petit Robert*, la « spécificité » se définit comme le caractère de ce qui est spécifique. Quant à ce dernier terme, il renvoie, dans le langage courant et toujours selon le même dictionnaire, à ce qui est propre à une chose et à elle seule. On comprend à cet égard pourquoi une « spécificité » tenant à une catégorie professionnelle peut conduire à lui réserver un avantage qui lui est lié.

Ainsi que l'a été fait remarquer le Professeur Antoine Lyon-Caen[1], la Cour de cassation ne dit pas que l'avantage doit trouver sa cause dans cette spécificité, mais, plus simplement, que celle-ci doit avoir pour objet ou pour but de la prendre en compte. On peut penser, avec l'auteur précité, que l'expression choisie, outre qu'elle conduit à écarter la notion de cause trop « chargée » juridiquement, « pourrait bien signifier que le lien entre la différence et les spécificités peut être assez lâche ».

Une autre incertitude réside dans le fait de savoir si la spécificité doit affecter l'ensemble des salariés de la catégorie ou une part significative d'entre eux[2]. Dans la mesure où l'avantage bénéficie à l'ensemble des salariés de la catégorie, il nous semble difficile d'écarter la première branche de l'option. Mais, compte tenu de l'avantage en cause, cela risque de rendre périlleuse la justification. Ainsi, on peut concevoir que l'attribution de jours de congés supplémentaires à des cadres soumis à une disponibilité quasi permanente soit légitime. Il n'en va pas en revanche de même pour les cadres travaillant 35 heures par semaine, selon des horaires réguliers[3]. A supposer que l'avantage soit attribué à l'ensemble des cadres, la spécificité ne concernant qu'une partie d'entre eux, la différence de traitement avec des non cadres ne peut être complètement justifiée et ceux-ci peuvent sans doute prétendre à l'avantage.

Si l'on s'attache aux spécificités qui peuvent être avancées, la Cour de cassation en cite trois, précédées par le pragmatique adverbe « notamment ». Il s'agit des spécificités tenant « aux

---

[1] A. Lyon-Caen, « Les conventions collectives de branche à l'épreuve de l'égalité entre les salariés » : Sem. soc. Lamy, n° 1497, p. 8, spéc. p. 10.

[2] A. Lyon-Caen, *ibid*., qui souligne que « quand on connaît l'élasticité de certaines catégories professionnelles, l'hésitation pourrait n'être pas anodine ».

[3] V. en ce sens, J.-F. Bolzinger, Gh. Hoareau et Ph. Masson, « Avantages catégoriels : le point de vue de la CGT » : Dr. ouvrier 2011, p. 305, spéc., p. 309.

conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ». A l'évidence, la personne appelée à se justifier ne pourra se contenter de faire état de l'une de ces spécificités ou, compte tenu de l'adverbe « notamment », d'un motif aussi général. Il conviendra d'établir devant le juge des éléments plus précis, en lien avec ces spécificités. Ces éléments devront être objectifs et convaincants puisque le juge se doit d'en apprécier la réalité et la pertinence.

On doit toutefois souligner qu'après avoir précisé l'office du juge en la matière, la Cour de cassation affirme que repose sur une raison objective et pertinente la différence de traitement qui a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée. Est-ce à dire qu'il suffit que la situation des salariés présente une telle spécificité pour que la différence conventionnelle de traitement soit justifiée ou bien faut-il que cette spécificité passe au crible de la pertinence ? Il est délicat de répondre à cette question. Mais sauf à amputer le juge d'une partie de ses prérogatives et à se contenter d'un simple contrôle de la réalité de la spécificité, cela paraît difficile à admettre[1].

Cela étant, on peut présager sans peine que les débats qui auront lieu devant les juges du fond seront délicats à trancher. Ainsi, dans un arrêt remarqué, la Cour d'appel de Montpellier a décidé, à propos de la durée de préavis plus longue et des modalités plus avantageuses de calcul de l'indemnité de licenciement réservés à des cadres par des stipulations conventionnelles que « *la circonstance, invoquée de manière générale par l'employeur, que les cadres occuperaient des postes plus qualifiés, avec plus de responsabilités, ne justifie en elle-même, de manière objective, ni une durée plus longue de délai-congé, ni un calcul plus avantageux de l'indemnité de licenciement. Le fait que le salarié cadre mettrait plus de temps à retrouver un emploi ou l'employeur plus de temps à lui trouver un successeur constitue une appréciation purement subjective qui ne repose sur aucune donnée précise résultant du marché de l'emploi. Est également dépourvu de pertinence le moyen encore avancé par l'employeur selon lequel, dès lors que l'indemnité de licenciement viserait à indemniser une perte de salaire, la différence se justifierait par le fait que le cadre qui n'a plus d'emploi a un préjudice plus important* »[2]. Il est pourtant possible d'avancer, avec certains auteurs, que

---

[1] V. aussi en ce sens le communiqué de la Cour de cassation accompagnant les arrêts du 8 juin 2001 qui affirme qu' « il s'agira cependant, pour les juges du fond, de procéder aux recherches utiles pour vérifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, que tel ou tel traitement catégoriel différencié institué conventionnellement est justifié par une raison objective et pertinente tenant, en particulier, à l'une des raisons énumérées ».

[2] CA Montpellier, 4 nov. 2009, n° 09/01816 : RJS 2/10, n° 184..

« *pour la plupart des cadres, la difficulté est de retrouver un emploi de niveau comparable en termes de rémunération et de responsabilité et pas seulement un emploi quelconque. (…) D'où un temps de recherche et un risque de délocalisation importants amplifiée par le plafonnement des indemnités de chômage* »[1].

Eu égard à ces hésitations et aux risques que telle justification soit acceptée ici et refusée là, on ne peut que se réjouir du fait que les recherches et vérifications menées par les juges du fond se fassent sous le contrôle du juge[2].

Il faut, pour conclure cette partie, évoquer une dernière interrogation. Les arrêts du 8 juin 2011, qui ne se prononcent pas sur la question, excluent-ils qu'une justification de la différence de traitement puisse être établie en tenant compte, sinon de l'économie générale de la convention ou de l'accord collectif en cause, du moins de stipulations n'ayant pas le même objet ou la même cause, pour reprendre une formule bien connue de la Cour de cassation ? On peut en effet imaginer qu'en contrepartie de tel avantage donné aux cadres, par exemple des jours de congés supplémentaires, les parties signataires de la convention collective ait attribué tel autre avantage, par exemple une prime de fin d'année, aux non cadres. Si le principe d'égalité de traitement ne paraît pas respecté dès lors que l'on raisonne avantage par avantage, il le semble si l'on raisonne de façon globale.

Emprunter cette voie pourrait rapidement conduire sur une pente glissante dès lors que l'on prend en compte des avantages aussi différents que ceux évoqués précédemment. Une telle mise en œuvre du principe d'égalité de traitement conduirait quasi inéluctablement à devoir comparer l'ensemble des avantages stipulés dans la norme conventionnelle en cause. Elle remettrait aussi nécessairement en cause l'appréhension première de l'identité de situation dont on a vu qu'elle doit être rapportée à l'avantage en cause. En revanche, il pourrait sans doute être raisonné par groupe d'avantages, en prenant en compte ceux qui ont la même cause ou le même objet[3].

---

[1] J.-F. Bolzinger, Gh. Hoareau et Ph. Masson, art. préc., p. 310.

[2] V. en ce sens le communiqué préc. de la Cour de cassation.

[3] V. aussi, J.-F. Bolzinger, Gh. Hoareau et Ph. Masson, art. préc., p. 307. Une décision de la Cour de cassation en date du 12 octobre 2011 ne semble toutefois pas aller en ce sens : Cass. soc., 12 octobre 2011, n° 10-15.101, F-D : Lexbase Hebdo - Edition Sociale, n° 459, note Ch . Radé.

Ainsi que l'on s'en rend compte, s'il recèle d'utiles précisions, le « mode d'emploi » délivré par la Cour de cassation dans ses arrêts du 8 juin 2011 comporte de grandes incertitudes. Cela n'en rend que plus difficile sa mise en œuvre devant le juge, à l'heure de justifier des inégalités de traitement stipulées par une convention ou un accord collectif de travail.

II – La justification des inégalités de traitement conventionnellement prévues

Il faut en convenir, la mise en œuvre concrète des principes de solutions établis par la Cour de cassation dans son arrêt Pain et dans les deux décisions du 8 juin 2011 s'avère particulièrement délicate, alors même que les juges font preuve de compréhension dans leur travail de vérification et de contrôle des justifications.

A dire vrai, ces difficultés paraissent se cristalliser sur les conventions et accords collectifs conclus antérieurement à ce mouvement jurisprudentiel. S'agissant des accords qui seront négociés et signés à l'avenir, on peut raisonnablement penser que les partenaires sociaux prendront la peine de justifier formellement les différences de traitement qu'ils instaureront entre les cadres et les non-cadres. Pour autant, cela n'interdira pas au juge d'exercer son contrôle sur la réalité et la pertinence des justifications en cause. La vérification du respect de l'ordre public par ces actes juridiques est nécessairement à ce prix. On peut néanmoins penser que, dans ce cas, c'est à celui qui estimera que les justifications stipulées ne répondent pas aux exigences prétoriennes d'en faire la démonstration.

Les avantages catégoriels ne sont donc pas condamnés. Mais, à l'évidence, les négociateurs seront appelés à réfléchir à deux fois avant de les instaurer, au risque d'ailleurs de les abandonner faute de justifications incontestables. En tout état de cause, on peut considérer qu'à l'avenir, ces avantages conventionnels devraient, sinon se raréfier, du moins être moins importants que par le passé. Ainsi qu'il a été très pertinemment relevé, « dans de nombreux cas, la seule mais indicible explication est le pur et simple rapport de force local, ou l'une de ses variantes : le résultat de savantes stratégies ou tactiques de négociation »[1]. A être par trop rationnalisée, la négociation collective risque donc de s'appauvrir.

[1] J.-. Ray, art. préc., p. 49.

Restent, et c'est évidemment le point le plus sensible, les conventions et accords collectifs conclus antérieurement à l'arrêt *Pain* et ne comportant aucune justification des avantages catégoriels. Ce dernier fait ne constitue pas un obstacle, dès lors que l'on doit admettre que des justifications peuvent être apportées *a posteriori*. Mais c'est ce travail même de justification qui peut s'avérer redoutable.

A l'évidence, celui-ci va au premier chef peser sur le chef d'entreprise auquel des salariés de l'une ou l'autre des catégories en cause, voire des deux, réclameront des avantages qu'ils n'ont pas perçus, en prenant soin de remonter sur une période de cinq années. A ce stade, il paraît nécessaire de distinguer selon que les avantages en cause sont prévus par une convention ou un accord de branche ou une convention ou un accord d'entreprise. Dans ce dernier cas, le chef d'entreprise doit en principe avoir quelque idée des justifications d'inégalités de traitement à l'instauration desquelles il a lui-même concouru, à tout le moins si celles-ci ne sont pas le fait d'un prédécesseur. On ne peut toutefois s'empêcher de trouver curieux qu'une seule partie à un contrat, ce qu'est fondamentalement une convention ou un accord collectif de travail, vienne au fond préciser quelle a été la commune intention des parties. Songeons un instant à l'hypothèse où l'une des autres parties à ce contrat viendrait à affirmer devant le juge qu'il n'a jamais été question de telles justifications lors de la négociation de l'accord !

Et que dire alors, lorsque l'employeur se doit de justifier des inégalités stipulées par une convention de branche à laquelle il n'a participé ni de près, ni de loin et à laquelle il ne peut d'ailleurs être soumis qu'en vertu d'un arrêté d'extension. Sans doute peut-il interroger la ou les organisations patronales parties à l'accord. Mais on retombe alors sur l'interrogation précitée. Au demeurant si, faute de justifications, l'employeur venait à succomber et à devoir attribuer à tous un avantage qu'il n'était autrefois tenu d'octroyer qu'à certains, ne serait-il pas en mesure d'intenter une action en responsabilité contre les parties signataires de l'acte juridique qu'il subit ? La question peut paraître incongrue, mais source de réactions pour les parties signataires de l'acte en cause.

Dans la mesure où la justification ne conduit pas à ajouter à la convention collective conclue, mais à préciser son sens ou pour le dire autrement, à préciser ce qu'ont voulu les parties signataires, il nous semble qu'il est d'abord question d'interpréter les stipulations de l'acte

juridique en cause[1]. Cette interprétation peut d'abord être le fait des commissions paritaires d'interprétation, qui doivent être instituées par les conventions de branche et les accords professionnels ou interprofessionnels en application de l'article L. 2232-9 du Code du travail. On sait toutefois que le juge n'est pas tenu de suivre l'avis de ces commissions, sauf si une clause de la convention collective prévoit que cet avis a la valeur d'un avenant à la convention[2]. De façon plus générale, les parties signataires de l'accord ont toujours la possibilité de conclure un avenant interprétatif à la convention ou à l'accord collectif qui s'impose alors, avec effet rétroactif, au juge[3].

Si l'interprétation du texte par les parties ou une commission paritaire peut s'avérer très utile, spécialement pour les employeurs tenus d'appliquer une convention ou un accord de branche, elle ne constitue nullement une panacée. En effet, si elle ôte au juge son pouvoir d'interprétation lorsqu'elle remplit les conditions précitées, elle ne paraît pas de nature à le priver de son pouvoir de contrôle de la pertinence des justifications.

Il faut ajouter à cela que, sur un plan plus concret et nonobstant l'éventuelle bonne volonté des parties signataires ou des membres de la commission paritaire d'interprétation, les justifications pourront rester introuvables ou difficilement objectivables. Il suffit de songer à des accords signés des années en arrière par des personnes désormais disparues ou à la mémoire défaillante. Ne parlons pas des avantages reposant sur un pur rapport de force à un instant donné. Evidemment, rien n'interdit de faire preuve d'imagination à l'égard d'éventuelles justifications trouvées *a posteriori*, avec en contrepoint les exigences d'objectivité et de pertinence.

Face à toutes ces difficultés, il peut alors être tentant d'opter pour la révision ou la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif[4]. Aucune de ces deux voies ne se révèlent cependant paisibles.

---

[1] G. Auzero et J.-M. Chonnier, art. préc. Il importe de préciser ici qu'il ne saurait être fait de confusion entre l'interprétation de la norme conventionnelle par le juge et par les parties signataires ou par une commission paritaire *ad hoc*. Si le premier n'a pas nécessairement à rechercher la commune intention des parties, il ne peut en aller de même pour les secondes.

[2] Cass. soc., 11 octobre 1994 : Bull. civ. V, n° 272 ; 10 février 1998 : RJS 1998, n° 340 ; 2 décembre 2008 : RJS 2009, n° 250.

[3] Cass. soc., 1er décembre 1998 : Dr. soc. 1999, p. 303, obs. J. Savatier ; 31 mai 2000 : RJS 2000, n° 833 ; 5 décembre 2001 : RJS 2002, n° 206.

[4] Pour plus de précisions sur la question, v. l'excellent article de M. Morand : « Norme collective et principe d'égalité de traitement » : JCP S22010, 1167.

S'agissant de la négociation de révision de l'accord tout d'abord, elle n'aura d'intérêt pour la partie patronale que si elle conduit à l'abandon ou à la réduction d'un avantage désormais généralisé quant à son application. A supposer qu'elle aboutisse à un accord ayant cet objet, elle n'aura en tout état de cause d'effet que pour l'avenir. En d'autres termes, et sous réserve du respect du délai de prescription, les salariés pourront demander, sur le fondement de l'égalité de traitement, à solder le passé. S'agissant de l'avenir, il faut encore espérer pour l'employeur que l'avantage conventionnel écarté ou réduit n'aura pas été, pour certains, contractualisé…

Pour ce qui est de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, il convient de distinguer selon qu'elle sera ou non suivie d'un accord de substitution. Si tel est le cas, celui-ci remplacera l'acte juridique dénoncé, qu'il soit ou non plus favorable. C'est donc, on l'imagine sans peine, l'hypothèse la plus favorable, à ceci près que, à l'instar de ce qui a été dit pour la révision, la situation antérieure à la dénonciation ne pourra être modifiée. Les salariés présents à ce moment là et n'ayant pas bénéficié de l'avantage de manière indue, pourront en demander l'attribution.

En l'absence d'accord de substitution, la situation se complique pour l'employeur. On sait que, dans ce cas, les salariés présents dans l'entreprise au moment de la dénonciation peuvent prétendre au maintien des avantages individuels acquis. Les salariés nouvellement embauchés ne seront certes pas en mesure de faire état du principe d'égalité de traitement, étant entendu que la Cour de cassation a précisé que ces avantages acquis ont pour objet de compenser en l'absence d'accord de substitution, le préjudice subi du fait de la dénonciation de l'accord. En revanche, les salariés présents dans l'entreprise antérieurement à la dénonciation et ayant été illégalement privés de l'avantage pourront en demander très certainement le bénéfice. Mais il faut encore ajouter que, pour eux aussi, cet avantage deviendra contractuel.

Au final, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'avantages catégoriels conventionnels peut faire naître un sentiment relativement mitigé. A n'en point douter, la Cour de cassation ne pouvait faire autrement que soumettre les conventions et accords collectifs de travail au principe d'égalité de traitement. De même, on peut trouver légitime qu'il soit en conséquence mis un frein, sinon un terme, aux différences de traitement irraisonnées entre cadres et non-cadres. La gêne provient du fait que nombre d'entreprises se

trouvent mises devant le fait accompli, n'ayant d'autres possibilités que d'appliquer à tous des avantages initialement réservés à certains par une norme conventionnelle à l'établissement de laquelle elles n'ont souvent pas apporté leurs concours. Gageons cependant que la Cour de cassation saura faire preuve de souplesse dans le contrôle du caractère objectif et pertinent des justifications apportées à ces différences de traitement, spécialement lorsqu'elles sont stipulées par des conventions de branche conclues antérieurement à sa jurisprudence[1].

Gilles AUZERO, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Centre de droit comparé du travail et de la Sécurité sociale (Comptrasec, UMR 5114).

[1] Pour une première décision, certes particulière car mettant en œuvre le statut de la Comédie française, mais qui peut être interprétée en ce sens, v. Cass. soc., 19 octobre 2011, n° 10-17.337, publié : Lexbase Hebdo - Edition Sociale, n° 460, note Ch. Radé (« la cour d'appel qui ne s'est pas fondée sur la seule différence de catégorie professionnelle, a retenu que l'évolution de la situation professionnelle de M. d'Y… par rapport à d'autres comédiens, pensionnaires ou sociétaires, reposait sur la prise en considération, dans les conditions prévues par le statut de la Comédie française, des qualités, de l'expérience et de la notoriété de chacun »).